

De twee kanten van artikel 8:3 lid 2 Awb

I. Een privaatrechtelijk besluit!?

Prof. mr. R.J.N. Schlössels*

Bij het Nijmeegse mastervak Bestuursrecht Verdiept komt jaarlijks de vraag aan de orde of het besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling een besluit (in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb) is. De meeste studenten antwoorden dan zelfverzekerd dat dit *niet* het geval is.¹ Dan volgt de confrontatie met art. 8:3 lid 2 Awb (art. 8:3 Awb (oud)). Deze bepaling sluit het beroep op de bestuursrechter tegen ‘een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling’ uit. Als men ervan uitgaat dat de wetgever geen overbodige bepaling in het leven heeft geroepen (door het beroep tegen een *privaatrechtelijke* handeling uit te sluiten), dan luidt de conclusie dat de wetgever wezenlijk anders over de materie denkt dan de studenten. Toch heeft deze visie van de wetgever de bestuursrechter nooit volledig kunnen overtuigen. Die gaat soms uit van het privaatrechtelijke karakter van de voorbereidingsbeslissing.² Een hand- en leerboek als Van Wijk/Konijnenbelt is het zelfs oneens met de wetgever.³ Het ontrafelen van de voorbereidingsbeslissing en de privaatrechtelijke rechtshandeling – volgens De Haan⁴ een verwaarloosd en onderschat deel van het bestuursrecht – lijkt pure academische scherpelijperij. Zo kan de liefhebber zijn of haar tanden stukbijten op het voorbeeld van de chauffeur van de burgemeester die de gemeentelijke dienstauto bij de pomp voltankt. Strikt genomen neemt deze chauffeur eerst een besluit namens burgemeester en wethouders.⁵ Vervolgens – op basis van dit besluit – wordt de rechtspersoon ‘gemeente’ in volmacht vermogensrechtelijk gebonden door het aangaan van de koopovereenkomst.⁶ Hierbij moet de chauffeur handelen in opdracht van de burgemeester omdat deze de gemeente in en buiten rechte vertegenwoordigt.⁷

Het nemen van het voorafgaand besluit – *als* men aanneemt dat dit inderdaad een besluit is (ik kom hier op terug) – roept in dit voorbeeld diverse vragen op. Ten

eerste is er de vraag of er sprake is van een besluit in de zin van de Awb of niet? Hieraan lijkt voldaan indien de beslissing kenbaar is uit enig schriftelijk stuk. Maakt de chauffeur bijvoorbeeld in een notitieboekje of via zijn tablet (elektronisch) aantekening van zijn beslissing tot tanken dan hebben we van doen met een Awb-besluit. De vervolgvragen zijn merkwaardig. Moet de chauffeur dit besluit ook bekendmaken,⁸ en zo ja, hoe? Moet hij het besluit om (bij een specifieke pomphouder) te tanken motiveren? En wellicht nog dubieuzer: rust op hem onder omstandigheden een formele hoorplicht om de houder van een concurrerende pomp te horen voordat hij zijn besluit om te tanken neemt?

De rechtspraktijk kan wat betreft het besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling niet goed uit de voeten met het besluitvormingsrecht van de Awb. Zoveel is duidelijk. Het onverkort toepassen van dit recht op het interne⁹ ‘titelbesluit’ (of *acte détachable*) geeft ook geen pas. Deze materie is door de wetgever simpelweg onvoldoende doordacht. Kortmann wees er bovendien op dat de burgerlijke rechter zich niet of nauwelijks bekommert om dit probleem.¹⁰ Als hij al met een titelbesluit wordt geconfronteerd, houdt hij niet de hand aan de wettelijke bepalingen voor het nemen van besluiten.

Het voorbeeld van de chauffeur maakt nog iets duidelijk. Het is een onzalig idee om tegen *alle* besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling bestuursrechtelijke rechtsbescherming open te stellen. Het

* Prof. mr. R.J.N. Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. De collegestof van de bachelorfase – waar deze vraag ook aan de orde is – is weggezaakt.
2. Zie bijv. ABRvS 7 november 2012, *JB* 2012, 282, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Vordenseweg*) en ABRvS 20 augustus 2008, *JB* 2008, 220, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Woonwagencentrum Den Haag*). Over de eerste uitspraak is bijv. Hennekens in een nog te publiceren naschrift in *De Gemeentestem* euforisch.
3. Zie Van Wijk/Konijnenbelt & van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011 (15e druk), p. 170.
4. P. de Haan, ‘Besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen. De brug tussen publiek- en privaatrecht’, *NTB* 2004-4, p. 109. Inmiddels is er meer aandacht voor het onderwerp. Zie bijv. P.J. Huisman & N. Jak, ‘Beslissingen ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling van de overheid’, *JBplus* 2008-3, p. 149 e.v.
5. Vgl. art. 160 lid 1 aanhef onder e Gemeentewet.
6. De mogelijkheid tot deelname van de overheidsrechtspersonen aan het (externe) vermogensrechtelijke verkeer volgt uit art. 2:1 lid 1 jo. art. 2:5 BW.
7. Zie art. 171 lid 1 en 2 Gemeentewet.
8. Op grond van de Awb is bekendmaking vereist voor het inwerkingtreden van het besluit. Zie art. 3:40 Awb.
9. Intern, maar mijns inziens wel met een extern effect (via het al dan niet tot stand komen van de privaatrechtelijke handeling).
10. C.N.J. Kortmann, ‘Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?’, in: *De vijfde tranche* (Jonge VAR-reeks 1), Den Haag: Bju 2003, p. 103.

zou een janboel worden. Slechts bepaalde ‘titelbesluiten’ zouden daarvoor in aanmerking komen.¹¹

In deze ‘Van twee kanten’ gaat het echter niet om de vraag of het wenselijk is om tegen ‘art. 8:3 lid 2’-besluiten beroep open te stellen. Laat staan om de vraag of een zodanig beroep zou leiden tot andere uitkomsten met betrekking tot bijvoorbeeld de tweewegen- of doorkruisingsleer.¹² Dit zijn afgeleide kwesties. Ook de vraag of het besluitvormingsrecht (geheel of gedeeltelijk) van toepassing is, zou moeten zijn c.q. in de praktijk toepassing vindt, raakt niet de kern. Uit het niet of slechts gedeeltelijk toepassen van besluitvormingsrecht kan, hoe dan ook, niet worden afgeleid dat er geen sprake is van een (Awb-) besluit. *Sein* und *Sollen* moeten op dit punt gescheiden blijven.

Maar nu de dogmatische vraag: ligt aan het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht van een overheidsrechtspersoon een (Awb-)besluit ten grondslag? Deze vraag beantwoord ik volmondig met ja. Voor mij is richtinggevend de invullende rechtsleer.¹³ Deze ‘rechtsleer’ presenteert naar mijn smaak een juist en solide beeld van de materiële bevoegdheid van de overheid om te participeren in het vermogensrecht. Bepalend is de aanname dat de overheid om te handelen altijd over een democratisch gefundeerde publiekrechtelijke bevoegdheid moet beschikken. Deze eis geldt ongeacht de vorm van haar handelen. Ook als de overheid zich bedient van rechtsfiguren naar burgerlijk recht is de *publiekrechtelijke* bevoegdheidsvraag van belang. Het Burgerlijk Wetboek (BW) kan die bevoegdheid niet in het algemeen verschaffen. Het specialiteitsbeginsel verzet zich daartegen. De bevoegdheid volgt evenmin uit de aard van het burgerlijk recht.¹⁴ Probleem is, zoals Tak stelde, dat dit recht zich niet ‘bekreunt’ om de publiekrechtelijke bevoegdheidsvraag.¹⁵ Het BW biedt de overheid de mogelijkheid om deel te nemen aan het vermogensrechtelijke verkeer. Maar dit recht is niet in staat te bepalen in welke gevallen en waartoe. Hier is de wil van de publieke gemeenschap – de enige wil van de overheid!¹⁶ – bepalend. Die wil wordt gevormd op basis van publiekrechtelijke bevoegdheid. Hoe dan ook, om te kunnen deelnemen aan het burgerrechtelijk verkeer zal de overheid een legitimerend ‘titel-

besluit’ moeten nemen (vgl. het door de wetgever bedoelde ‘intern’ vereiste besluit om privaatrechtelijk te (mogen) handelen¹⁷). In de regel vindt dit uitgangspunt ook erkenning in de wet door het aanduiden van het beslissingsbevoegde orgaan (vgl. art. 160 lid 1 aanhef onder e Gemeentewet¹⁸).

Het ‘titelbesluit’ is rechtstreeks onderworpen aan het publiekrecht. Eisen van democratie (legitimatie en machtiging) en specialiteit (doelgerichtheid) wijzen hier de weg. Tevens zal het beslissingsbevoegde orgaan in publiekrechtelijke zin verantwoording moeten afleggen met het oog op het algemeen belang. De chauffeur van de burgemeester – of preciezer: de burgemeester (en het college) – zal (zullen) de gereden kilometers moeten kunnen verantwoorden in het licht van de toepasselijke post op de begroting. De wetgever gaf in dit verband het voorbeeld van de gemeenteraad die besluit tot het aangaan van een (privaatrechtelijke) geldlening.¹⁹ De raad zal bij zijn besluit het algemeen belang tot uitgangspunt moeten nemen.

Juist op dit punt verschilt het ‘titelbesluit’ van vergelijkbare beslissingen van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Een reguliere BV of stichting die geld leent doet dit in het bijzondere belang van deze rechtspersoon, maar per definitie *niet* in het algemeen belang (ook al is dit de intentie). Bij het handelen van een overheidsrechtspersoon is het algemeen belang leidend. De ‘wilsvorming’ moet hierop zijn afgestemd. Aan de *interne* organisatie van de overheid, de besluitvormingsstructuren en verantwoordingsprocessen – denk aan een gemeente – is daarom niets privaatrechtelijks. Beslissingen die daar worden genomen zijn procedureel en inhoudelijk doordrenkt van publiekrecht.

Maar uiteindelijk komt het – zoals zo vaak – aan op de rechtsovertuiging. De wet helpt ons hier niet. Wil men het ‘titelbesluit’ duiden op de schaal van publiek- en privaatrecht, dan komt men er *noch* met een positiefrechtelijk beroep op art. 8:3 lid 2 Awb, *noch* met een beroep op art. 2:1 juncto art. 2:5 BW. De materiële grondslagen van het publiek- en privaatrecht zijn in geding. En dat leidt onherroepelijk tot debat en verschillen van inzicht.

11. Vgl. De Haan 2004, p. 112-113.

12. Vgl. C.N.J. Kortmann, ‘Doctrines verwelken, twee wegen vergaan, maar de lex Samkalden blijft altijd bestaan’, in: N.S.J. Koeman, J.R. van Angeren & A. ten Veen (red.), *Overheid en markt* (Samkalden-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 48.

13. A.Q.C. Tak, ‘Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer’, *Recht en Kritiek* 1993, p. 174 e.v.

14. Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 170.

15. A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, ’s-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V. 1997, p. 289.

16. Velen worstelen op dit punt met de erfenis van de gemene rechtsleer. Zij menen kennelijk dat overheidsrechtspersonen om deel te kunnen nemen aan het vermogensrecht over een ‘privaatrechtelijke’ wil moeten beschikken die door een orgaan wordt gevormd. Waarom dit zo zou moeten zijn wordt vrijwel nooit duidelijk gemaakt.

17. *Parl. Gesch. Awb II*, MvT, p. 390. Terecht spreekt de Hoge Raad in dit verband over de bevoegdheid tot het *aangaan* van privaatrechtelijke rechtshandelingen. HR 1 juni 2012, *AB* 2013, 204, m.nt. F.J. van Ommeren. Het gaat volgens dit rechtscollege om een beslissing die steunt op een *toegekende* bevoegdheid. Dit klinkt op zijn minst publiekrechtelijk.

18. Voor de duidelijkheid: *noch* deze bepaling *noch* de Gemeentewet zijn mijns inziens doorslaggevend voor het publiekrechtelijke karakter van het titelbesluit. De publiekrechtelijke aard van de bevoegdheid volgt uit de aard van de gemeente als publiek gemeenschapsverband.

19. *Parl. Gesch. Awb II*, MvT, p. 390.

* Mr. dr. C.N.J. Kortmann is advocaat bij Stibbe en honorair universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht.